

日本における刑事既判力の比較法的特色

田 宮 裕

* 本稿は、一九七四年九月、チリのサンティアゴで開かれた第九回比較法国際会議に提出された報告書の日本語訳である。

一 はじめに

既判力 (*res judicata*) とは、終結した裁判の後訴に対する効力である。刑事訴訟では、既判力は、伝統的に再訴遮断の効力として機能した。これを一事不再理の効力という。しかし、一事不再理の効力は、後述のように、厳密には前訴において判断されなかった事項についても発生しうるし、発生時期も裁判の確定時に必然的に結びつくものではないので（もつと早く発生させることも論理的には可能である）、これを既判力とよぶのは、必ずしも適切ではない。他方、既判力とよぶのにふさわしい訴訟現象が他にもあるので、むしろそれを既判力とよんだ方がよいともいえる。しかし、本稿では、伝統的な呼称にしたがつて、一事不再理の効力について論述をすすめることにしたい。

一事不再理の原則は、日本では、憲法によつて宣言されている。いわく、「何人も、……既に無罪とされた行為

については、刑事上の責任を問われない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問われない。」(同三九条)この原則に違反して同一事件が再起訴されると、直ちに免訴の裁判で訴追が排斥される(刑訴法三三七条一号)。日本におけるこの原則の特色は、一口でいえば、大陸法とくにドイツ法の理論と英米法的な制度が混合した、いわば混血児的性格をもつことである。その意味で、比較法的には、特色のあるユニークな制度を形成しているといつてよい。ちなみに、これは、日本の刑事訴訟法が、戦前は大陸法の強い影響を受けたものであつたのに対して、戦後は英米法とくにアメリカ法の諸制度を輸入してできあがり、全体として両法系の混合体となつていることの一環である。このことは、何よりも一事不再理の原則が、アメリカ憲法に由来する人権宣言のなかにとりこまれたことに如実にあらわれている。すなわち、大陸法では、それは裁判の確定に結びつけられた理論的帰結とされるが、英米法では、端的に被告人の人権のための制度とされている。日本においては、裁判とまつたく切り離されてしまったわけではないが、人権のための政策的原理であるとの理解が次第に有力になつており、その意味で、英米における二重の危険の禁止というと考え方に近づきつつあるといえるわけである。

特色の第一は、大陸法とちがつて、一事不再理の効力の働く範囲が実体的審判のそれと必ずしも一致せず、両者にくいちがいが生じうるということである。すなわち、一事不再理の効力の働く範囲が審判をへた事実の範囲よりも広い場合があり、また、実体審判を経過しなくても一事不再理の効力が働く場合もある。これは、具体的内容はちがうが、アメリカにおける二重の危険の効力が、実体的審判の完結に結びついたものではないとされることと共通性がある。

第二に、それにもかかわらず大陸法の伝統を基礎にもつので、効力発生の時点は、裁判の確定時とされる。この点では、大陸法における既判力論の帰結と外形上は一致し、アメリカのように、陪審の構成時ないし証拠調べ

開始時にさかのぼるわけではない。したがって、検察官の被告人に対する不利益上訴は、禁止されてはいない。

第三に、日本法では、被告人の法的安定性が強調されるので、無罪判決が確定してひとたび一事不再理の効力が発生すれば、たとえ誤判であることが判明しても、判決がくつがえされることはない。つまり、被告人の不利益再審は実定法上認められていない（戦前には、一定の要件のもとで、それが存在したが）。しかし、利益再審の制度は存在するのである。その意味で、一事不再理の効力は、被告人にとつて非常に強い保障となっている。

以下、このような論点を中心に問題点を紹介していくが、日本では、一事不再理の原則にかかわるような再起訴の実例がないので、多くの場合、判例や実際の運用を紹介することはできず、学説的主張にそつて記述をすめるほかはない。このように現実の問題が生じないのは、検察官の訴追ポリシの謙抑性に由来するが、その点もまた、日本法の特色のひとつといえよう。その原因は、おそらく、第一に、刑事手続における訴追側の準備（捜査）と訴追じたいの周到さにある。それは、無罪率の想像を絶するほどの低さ（〇・五パーセント以下である）にもあらわれているが、捜査の法的手段が豊富に用意され、捜査機関の捜査能力が総体的に高いことと、検察官の訴追裁量の大きなことが関係している。第二に、被告人の犯罪はなるべく全部をいちどに処理しようという訴追の伝統があることも重要であろう。捜査、裁判の過程では、いろいろなかたちで余罪の解明が徹底して行なわれるのである。したがって、多くの場合、一切が一時に解決してしまっている。

II Ne bis in idem の本質

日本では、最近まで、一事不再理の効力は、確定した裁判の既判力の外部的効力だと解されてきた。つぎのように説明されるのが通常である。实体判決が確定すると、通常の上訴方法では争えないという形式的確定力が発

生すると同時に、いわゆる既判力が生じる。既判力とは、当の事件の実体法的法律関係に関する裁判所の意思表示的内容が確定的となつたものであつて、事件について法律関係が具体化されたものであり、その意味で、一種の法規範にほかならない。それは、当の訴訟における効力つまり内部的効力としては、刑の執行権としてあらわれるが、それと同時に、判決における法的安定性の要求によつて当の訴訟の外部において、一事不再理の効力を生ずる。つまり、既判力は裁判における判断内容の基準性であり、こうして判決の内容が真実と擬制されるところから、いちど既判力が生じた事件については、再度の訴訟を拒否するという結果になる。結局一事不再理は、判決内容が真実とみなされることの反射的効力であるとされた⁽¹⁾。

しかし、刑事訴訟における既判力は、元來は、このようなものではなかつた。このことは、戦後憲法が一事不再理の原則を被告人のための人権宣言のひとつに採用したと関連して、学説的努力によつて徐々に明らかにされてきた。それでは、それは何であつたのか。この間に答えるには、法制度の祖国たるローマ法にさかのぼらなければならない。古典ローマでは、民事訴訟が⁽²⁾すべての争訟の基本形態であり、したがつて、それは刑事事件にも応用された。既判力理論もそうであつた。

それによれば、確定判決の既判力は、積極的効力と消極的効力とから成る。前者は、判決内容の拘束力であつて、判決できめられたことが真実とみなされ、その反射として、これを事後に争うことは許されなくなる。これに対して、後者は訴権消耗の効力とよばれたことからわかるように、ある事件がひとたび解決された以上、これを再度裁判所にもち出すことはできないという効力としてあらわれる。再訴の遮断効である。この両者は、一見楯の両面のようにもみえるが、実はまったくその本質を異にする、お互いに独立した効力である。訴訟が争点決定過程と判決過程の二段階に分かれていた時代には、前者は、判決の確定によつて発生するところの文字どお

り判決の効力であつたが、後者は、すでに争点決定の終了とともに発生したのであつて、むしろ争点決定の効果にほかならなかつた。そして、訴訟の二段階方式が消失すると、両効力の発生時点はあたかもひとつのものであるかのように重なり合うのであつて、民事訴訟では、消極的効力は消失して積極的効力だけが残つたのに対し、刑事訴訟では、もっぱら消極的効力だけが論じられたのである。

消極的効力は、訴権 (actio) が一回行使されたので、その役割を果たして消耗したという事実の直接的帰結であり、元来は判決の有無にかかわらず発生したのであるから、むしろ裁判における判断内容のいかに関係がない。そして、なぜこのような効力が認められるのかというと、それは主として被告の法的地位を保護するためであつたといわれる。すなわち、原告は、勝訴の判決を獲得すれば、判決の履行を要求することによつて満足をするから、これに加えてことさらに保護を必要としないのに対して、被告は、たとえ勝訴しても、理論的にはつねに再訴の不安のうちにあるわけで、この再訴の危険を回避させるために法技術が必要となる。こうして、被告のために再訴禁止の抗弁が用意されたのである。これが一事不再理の効力にはかならない。要するに、それは被告の利益のために、確定判決時点への到達を理由に付与された事実的・手続的效果であつた。

こうして、それが被告人の利益のために認められた政策的原理であることは、とくに刑事訴訟においては、その後の発展史を眺めれば、一層よくわかる。⁽³⁾ローマとそれに続くカノン法では、弾劾形式の訴訟が行なわれ、被告人の法的地位の安定のため、一事不再理の原則は厳然として保持された。ところが、ヨーロッパ大陸において、中世以降、糾問手続が生まれると、訴追側の真実探求 (犯人の摘発) という利益が強調され、被告人の利益という観念は相対的に軽視されて、一事不再理の効力も否定される運命となる。いちど無罪判決が下されても、新たな嫌疑事由が出現すれば再審理が行なわれ、やがて仮放免 (absolutio ab instantia) の制度さえも認められるよう

になった。この制度は、一六世紀前半にイタリアに生まれ、その後、スペイン、フランス、ドイツへも伝播していった。

ところが、啓蒙期に入ると、事態は急速に変わるのである。仮放免の制度は、被告人の法的地位を不安定にするものとして排斥され、自由主義思潮とともに、一事不再理の原則が復権することとなった。フランス革命によつて、この原則は不動のものとなった。一七九一年革命憲法が、無罪判決の一事不再理効をはつきりと宣言したことは有名である。この点については、他の刑事諸制度がひろくイギリスの影響をうけたことと並んで、二重の危険の法理もその一翼をになったともいえるが、要するに、被告人の人権が高唱されるとともに、一事不再理の原則も復活するという相関関係に注意すべきであろう。その後、むろんフランスばかりでなく、ドイツその他のヨーロッパの近代刑事訴訟の基礎概念として、一般に承認されるようになったことはいうまでもない。

一事不再理の原則が被告人の人権のための制度であることは、英米の法制をみれば一層明らかである。前述のローマ法の原則がイギリス法にもとりいれられたことは、英米の研究家の実証するところである。⁽⁴⁾すなわち、既判力の消極的効力の観念がイギリスにはいつて、「前の無罪」「前の有罪」の抗弁となった。陪審によつていちど終局的に評決が下されれば、同一事件の再訴追は、この抗弁によつて排斥されるのである。ところが、この原則は、アメリカに渡つて、独自の発展をとげることになった。ここでは一七九一年の連邦憲法にもとりこまれ、その憲法解釈を通じて具体的な法則が發展していった。イギリスでは、一事不再理の効果（すなわち危険の効果）は、陪審の終局的評決がなければ発生しない（陪審の評決があれば、原則として被告人に対する不利益上訴はできないのであるから、これは、大陸における裁判の確定に対応する時点であるともいえる）のに対して、アメリカでは、そのような場合のほか、陪審が構成され宣誓するか、非陪審の場合は、証拠調べにはいれば、再訴禁止

の効果が発生するものとされる。

この間の事情をアメリカ法律協会の模範法典は、つぎのように解説している。⁽⁵⁾「イギリスでは、*Nemo debet bis vexari* という原則は、民事事件では *res judicata* というかたちをとり、刑事事件では *autrefois acquit* と *autrefois convict* というかたちをとった。民事であろうと刑事であろうと、この抗弁が有効なためには、前の訴訟で判決が下されていることが重要である。コモン・ローには（これ以外の）『二重の危険』の抗弁などというものはなかったし、刑事手続において無罪または有罪判決にまで至らなかった場合に、第二の訴追が妨げられるという原則もなかったのである。」「憲法の起草者たちは、『再度危険に』（さらされることはない）という文言を、本来のコモン・ロー上の意味に、したがって無罪または有罪ののちという意味に用いたのだと推測すべき理由がある。ところが、裁判所は、この文言に広範な内容を付与してしまった……。『*The Queens v. Charlesworth*』は、『評決があるまで陪審を解散しない』というコモン・ロー上の実務法則があつた』といっているが、アメリカにおける解釈は、これを前提にしたものにちがいない。」

このようにみてくると、二重の危険の原則には、広狭二義のものがあるというべきであろう。狭義では、それはアメリカ法においてやや特殊に発展したものであり、*autrefois acquit*, *autrefois convict* とは区別され、判決に到達する以前に発生する危険を内容とする。これに対して、広義では英米を通じてコモン・ローを基盤に発展した再訴禁止の原則であり、アメリカにおける狭義のそれとイギリスの原則とを併せ含んだものである。二重の危険の語が、通常このどちらをさすかは、定義の問題であるが、大陸法と対比される英米法の特色をさぐるという見地からは、広義のものを前提にする方が便利であろう。そこで、以下広義のものをとりあげる。

ところで、このような二重の危険の原則は、その基本においては、大陸法における一事不再理の原則とほぼ同

じ本質をもつわけであるが、被告人のための保障であることがなお一層明らかであるといえる。大陸では、審判された事件の範囲で公訴権が消耗するというのに対して（したがって、既判力の概念で説明することも可能である）、英米では、訴追によつて被告人のうけた負担という事実的なものに注目する（したがって、手続的・事実的効果であることが一層明瞭である）というちがひがある。日本では、かつて憲法に規定が設けられた当初、一事不再理の原則はどのような本質をもつものであるかが争われた。しかし、上述のような沿革的・比較法的考察の結果、その本質ないし機能については、もはやあまり争ひの余地はない。上記のように二重の危険を広義にとらえるならば、二重の危険の原則を採用したものであるかいは、さほど重要な問題ではない。ただ、二重の危険の観念は、審判の内容と切り離して理解されるので、この概念を用いるのが便利なこととはたしかである。一事不再理の効力をめぐる以下のような諸問題は、このような本質の理解を前提に展開される。

三 効力発生の時期

（一）既判力理論

日本では、一事不再理の効力は、確定裁判の効力としてとらえられるので、当の裁判について上訴方法が尽きたときに発生する。この点で大陸法の伝統をくむ。

裁判は、その判断の対象たる法律関係について、国家の確定的な権威的判断を表示するものであるから、それがいつまでも浮動的であつたのでは意味がない。そこで、いったん告知によつて有効に成立した裁判は、勝手に取消・変更はできないものとされる。裁判が下されても自由に取消・撤回・変更ができるとしたのでは、事件の解決を裁判所にゆだねる意味がないばかりか、裁判は当事者の権利・義務に影響するところが大きく、法的安定

を害するからである。そこで、いちど成立した裁判は、訴訟指揮や法廷警察に関する裁判のように、そのつど合目的に行なわれるものぞいて、すべて不可変更の効力をもつ。これを裁判の拘束力という。自縛力とよばれることもあるが、当事者の不服申立てをも排斥するから、不可変更力とよぶ方が正しい。

公判における終局裁判に対しては、通常、上訴が許される。それをしないで上訴期間を徒過した状態を、裁判の確定とよぶ。上訴の放棄・取下げによつても確定に至る。確定すれば、裁判は、自縛力ばかりか、上級審でも取消・変更ができないという効力が生じる。これを形式的確定力とよぶ。これは、自縛力が当該の言渡し裁判所に対する効力であるのに対して、上級審への拘束力である。ただ、上級審に対して不服を申し立てるのは当事者であるので、当事者の不服の排斥というかたちであられる。形式的確定力は、この点に着目した呼称である。

ところで、形式的確定力によつて当該訴訟手続内で取消・変更ができなくなつた裁判は、別訴によつてくつがえすこともできない。そうでなければ、せつかくの裁判の終局性ということが、意味をなさないからである。この同一事件を別訴でも争うことができないという効力、すなわち別訴に対する拘束力を実質的確定力とよぶ。形式的確定力が裁判の下された当の手続内における不可変更の効力であるのに対して、実質的確定力は、当の手続をこえて、後訴一般に対する不可変更の効力である。これによつて確定した裁判内容が、一国の中で裁判上不可変更となり、したがつて、裁判内容が通用性ないし権威性をもつことになる。このような不可変更力を、通常、既判力とよぶ。

さて、実質的確定力は、従来は、実体的裁判について発生するものと解されたから（したがつて、むしろ実体的確定力とよばれた）、それは実体的裁判について、後訴の排斥効としてはたらく。そうであれば、それはとりもなおさずいわゆる一事不再理の効力にほかならない。こうして、一事不再理の効力とは、既判力そのものである。

つた。しかし、今日、このような伝統的理解に疑問がもたれていることは、上述のとおりである。一事不再理の効力は裁判内容の不可変更力とは関係がなく、判決にまで訴訟が進行したことによる手続的效果であり、確定によつて発生するので、実体的確定力と符合するかのとき外観を呈するだけである。つまり、再訴遮断効のなかに、一事不再理効と既判力という異質のものが、重なり合つて存在しているのである。もし一事不再理効も既判力もこの再訴遮断効以外に機能する場合がないのであれば、この両者を強いて分析する実益はない。しかし、一事不再理効は確定の羈絆を脱する可能性があり（英米をみよ）、既判力もまた実体的確定力をその一場合とするもつと広い概念であるため、両者を区別して論ずる必要があるわけである。

既判力は、一事不再理効の発生しないような種類の裁判、すなわち形式裁判にも発生する。つまり、公訴棄却、管轄違いという訴訟条件欠如を理由とする形式裁判にも発生し、新事情が出現しないかぎり、裁判内容は不可変更的である（一事不再理効は、通説によれば、有罪、無罪、免訴の判決に発生するにとどまる）。ちなみに、一事不再理の効力が、このように既判力概念から切り離されるとすれば、論理的には効力発生時期の点でも独自性をもちうるはずであるが、日本では、この点では確定時以前にまで前進しておらず、なお大陸法の伝統に追従しているといえる。

なお、実質的確定力は、まさに裁判内容の基準的効力であるから、既判事件の積極的効力に相応する。それは、実体判決においては、一事不再理の効力が働くので独立に機能する意義をもたないわけであるが、若干の付随的効力が考えられないかが問題となる。日本ではほとんど議論されていないが、たとえば、共犯者の一人に対する無罪判決は、他の共犯者に有利な（拘束力ある）証拠資料として機能しうるのではないか。また、ある文書がわいせつ文書でないという理由で無罪判決があつた場合には、同一文書の再出版にさいしても、起訴されるべきで

はないのではないか。さらに、犯罪の成立が論理的に考えられないとき、たとえば、同一被害者の別人による同時殺害や同一被告人の同時、異場所における複数の殺人については、前の判決を援用できるのではないか。これらの付随的拘束力の理論は、将来の理論的課題である。

(二) 検察官上訴

一事不再理の効力が発生するのは、実体裁判が確定したときであるから、訴追側の被告人に対する不利益上訴は、不適法ではないことになる。英米では、事実点をめぐる訴追側の不利益上訴は禁止され、これがまさに二重の危険の法理の帰結であるかのように説かれる。しかし、二重の危険は、広義では、被告人の法的安定のための再訴の遮断効であるから、再訴を遮断すべき危険がいつ発生したとみるかが問題であつて、この点について、上訴手続まで含めた「継続的危険」の観念も主張されている。⁽⁶⁾ この立場に立てば、検察官上訴は禁ぜられる必然性はなく、したがつて、検察官上訴禁止は二重の危険の本質的内容ではないことになる。

日本では、判例によつて右の「継続的危険」の観念が採用されている。⁽⁷⁾ いわく、「元来一事不再理の原則は、何人も同じ犯行について、二度以上罪の有無に関する裁判を受ける危険に曝さるべきものではないという、根本思想に基くことは言をまたぬ。そして、その危険とは、同一の事件においては、訴訟手続の開始から終末までの一つの継続的状态と見るを相当とする。されば、一審の手続も控訴審の手続もまた、上告審のそれも同じ事件においては、継続せる一つの危険の各部分たるにすぎないのである。従つて同じ事件においては、いかなる段階においても唯一の危険があるのみであつて、そこには二重危険（ダブル、ジェパードイ）ないし二度危険（トワイズ、ジェパードイ）というものは存在しない。それ故に、下級審における無罪又は有罪判決に対し、検察官が上訴をなし有罪又はより重き刑の判決を求めることは、被告人を二重の危険に曝すものでもなく、従つてまた憲法

三九条に違反して重ねて刑事上の責任を問うものでもないと言わなければならぬ。」

判例の立場は大方の学説の支持するところであるが、近時反対説もあらわれている。⁽⁸⁾全面的違憲説もあるが、⁽⁹⁾すくなくとも上告は許されるべきではないとの意見もある。日本における第二審たる控訴審はなお通常の上訴審でありかつ事実審であるが、第三審たる上告審は、上訴が例外的にしか認められない一種の非常救済手続であり、⁽¹⁰⁾危険の一部分とはいえないので、檢察官上告は被告人を二重の危険におくというべきだとされるのである。実際問題としてすくなくならぬ檢察官上告事件が成功している今日、この意見はなお十分の説得力をもちえていないが、将来の問題展開を示唆する新しいいうべきであるといえよう。

四 再訴禁止の範囲

日本法は、再訴禁止の効力がかなり広く働く点にその特色がある。つまり、厳密に審判の範囲に拘束されない場合がある。大陸法では、それは審判の対象となつた事件について働くことについては異論がない（そのため積極的効力と見まちがうほどである）。これに対して、アメリカ法では、それは判決の効力ではないので、審判そのものと分離して考えることが可能である。日本法では、審判の範囲より広く機能する場合がある点で、大陸法とは決別しており、実体審理を途中で打ち切る公訴の取消や形式判決たる免訴にも、一事不再理の効力があるとするれば、そのかぎりで特異な制度であるといえる。

(一) 訴因制度と一事不再理の原則

一事不再理の効力は、判決された事実と公訴事実を同一にするすべての範囲に及ぶとされる。たとえば、窃盗で判決があつた事件については、同一被害物件をめぐる同一機会の強盗と構成されなおされたとしても、再起訴

は不適法である。検察官の提出する起訴状には、公訴事実が訴因というかたちで書かれ、審判は訴因をめぐって展開される。裁判所は公訴事実の同一性の範囲内の事実でも、訴因に含まれない事実については、職権で証拠調べをすることはできない。審判権が及ぶためには、検察官による訴因変更請求がなされる必要がある。裁判所は、訴因変更を命ずることはできるが、それは原則として義務ではなく、また、たとえ命じても、検察官がこれに従わなければどうすることもできない。要するに、審判の範囲は訴因によつて画され、公訴事実の同一性はその変更の限界であるにすぎない。それにもかかわらず、一事不再理の効力は、訴因ではなく、公訴事実の同一性が認められる全範囲に及ぶものとされる。こうして、訴因制度の採用によつて、審判の範囲と一事不再理の範囲には、そごを生じているわけである。

(二) 犯罪事件の個数

そして、公訴事実の同一性は、かなり広い概念として理解されている。まず、刑法上一罪を構成する場合は、いうまでもなく公訴事実の同一性は肯定されるが（これを一般に公訴事実の単一性とよぶ）、日本法では、一罪の範囲はかなり広い。

第一に、一見数罪のようにみえても、解釈上一罪とされる場合がある。たとえば、①構成要件上その内容たる行為に数個の同種類の行為が予想される犯罪がある。これを集合犯という。常習犯、職業犯、営業犯がそのなかに含まれる。判例によれば、とばくの常習者が数個のとばく行為を行なつても、常習とばく罪（刑法一八六条一項）の一罪が成立するだけである（最判昭和二六・四・一〇刑集五卷五号八二五頁）。常習暴行罪（暴力行為処罰法一条の三）についても同じである（大判昭和二・七・一一刑集六卷二六〇頁）。わいせつ図画の販売は、数人に対して行なわれても、わいせつ図画販売罪（刑法一七五条）の一罪である（大判昭和一〇年一月一日刑

集一四卷一一六五頁）。医師でない者が反復して医療行為を行なつても、非医師の医業罪（医師法三一条一項一、一七号）の一罪である（名古屋高判昭和二六・一・二九判決特報二七号一三頁）。

②数個の犯罪が合体して一個の犯罪になる場合もある（結合犯）。強盗犯人が婦女を強姦したときは、強盗罪と強姦罪とが独立して成立するのではなく、強盗強姦罪（刑法二四一条）が成立するだけである。さらに、③各行為の間の密接な関係から、同一の法益に向けられた単一の人格態度の発現とみられうるときは、数個の行為が包括一罪とされる（改正刑法準備草案七一条参照）。たとえば、一晚のうちにある倉庫からひきつづき数回にわたつて米俵を運び出して窃取したような場合は、一罪として処断される（最判昭和二四・七・二三刑集三卷八号一三七三頁）。六月から一〇月にかけて前後五回にわたり同一人に毒殺行為を試みたが、いずれも失敗したので、一一月に出刃庖丁で殺害の目的を遂げた場合につき、一個の殺人既遂罪とされた例がある（大判昭和二三・一二・二三刑集一七卷九八〇頁）。他に判例によつて一罪とされた事例として、九月から一一月にかけて行なわれた前後一二回の窃盗（名古屋審判昭和二八・六・二五判決特報三三三三五頁）、一個の基本的欺罔行為に基づいて三回にわたつて金員を交付させた詐欺罪（広島高判昭和二八・三・九判決特報三二二二頁）、八月から翌年五月までに六三万円を費消、一〇月ごろから翌年五月ごろまで五二万円を費消した業務上横領罪（東京高判昭和二六・一二・二六判決特報二五号一二五頁）等がある。

第二に、数罪であるが、訴訟手続上一罪として取り扱うものとされる場合もある。これを科刑上一罪という（刑法五四条）。観念的競合と牽連犯とから成る。前者は、一個の行為であつて数個の罪名にふれる場合である。一回の銃撃で数人を殺害した場合のように同種類の犯罪でも、また、一個の投石で人も傷つけ、物も損壊した場合のように異種類の犯罪でも、ひとしく一罪として取り扱われる。

判例によつて認められた事例をあげておこう。同種類の観念的競合として、数名の公務員の職務執行を同時に妨害した場合（最判昭和二六・五・一六刑集五卷六号一一五七頁）、数名の共犯者を蔵匿・隠避させた場合（大判大正一二・二・一五刑集二卷六五頁、最判昭和三五・三・一七刑集一四卷三号三五二頁）、二個の偽造文書を一括行使した場合（大判明治四三・三・一一刑録一六輯四二九頁）、一つの書面で数名の者を誣告した場合（大判明治四二・一〇一四刑録一五輯一三七五頁）、同時に数人の公務員に贈賄した場合（大判大正五・六・二一刑録二二輯一一四六頁）、数人の飲用に供されることを知りながら毒物を投入した殺人行為の場合（大判大正六・一一・九刑録二三輯一二六一頁）、一個の脅迫行為によつて同時に数人から所持金を強取した場合（最判昭和二二・一一・二九刑集一卷三六頁）など。

異種類の観念的競合が認められた例として、職務執行中の公務員に暴行を加え、負傷させた場合（公務執行妨害罪と傷害罪。大判明治四二・七・一刑録一五輯九一〇頁）、犯罪の証拠物件を盗んで池に投げこんだ場合（証拠隠滅罪と窃盗罪。大判大正三・一一・三〇刑録二〇輯二二九〇頁）、騒擾行為をするについて他人の住居に侵入した場合（騒擾罪と住居侵入罪。最判昭和三五・一二・八刑集一四卷一三三号一八八頁）、放火して死体を損壊した場合（放火罪と死体損壊罪。大判大正一二・八二一刑集二卷六八一頁）、赃物であることの情を知りながら、これを賄賂として收受した場合（収賄罪と赃物收受罪。最判昭和二三・三・一六刑集二卷三号二三二頁）など。

牽連犯とは、犯罪の手段もしくは結果たる行為が、他の罪名にふれる場合をいう。数個の行為が相互に手段・目的または原因・結果の類型的関係がある場合に、一罪として処断されるのであつて、日本法のユニークな制度であるといえる。

判例で認められた事例を紹介しよう。建物を焼いてその中に病臥中の人を焼殺した場合（放火罪と殺人罪。大判昭和七・六・二〇新聞三四四三号一一頁）、他人の住居に侵入して財布を窃取し（住居侵入罪と窃盗罪。大判明治四五・五・二三刑録一八輯六五八頁）、強姦し（住居侵入罪と強姦罪。大判昭和七・五・一二刑集一一卷六二二頁）、人を殺した（住居侵入罪と殺人罪。大判明治四三・六・一七刑録一六輯一二二〇頁）ような場合、行使の目的で他人名義の文書を偽造し、その目的にしたがつてこれを行使した場合（私文書偽造罪と偽造私文書行使罪。大判明治四二・二・二三刑録一五輯一二七頁）、委任状を偽造して詐欺取財をした場合（私文書偽造罪と詐欺罪。大判明治四二・一・二二刑録一五輯二七頁）、恐喝の目的で他人を不法に監禁し、恐喝の目的をとげた場合（不法監禁罪と恐喝罪。大判大正一五・一〇・一四刑集五卷四五六頁）、などがある。

（三）公訴事実の同一性

つぎに、刑法上の一罪とは評価しえなくても、基本的事実関係が同一ならば、公訴事実の同一性があるものとされる（これを、狭義の公訴事実の同一性とよぶ）。この場合、罪質が同一でなければならぬとか、構成要件の重要部分が共通でなければならぬなどの学説もあるが、判例は、終始一貫、基本的事実同一説によっている。どのような場合に基本的事実が同一といえるかについては、両事実につき具体的事情の相互比較をしたうえでの非両立性というバランス・テストによっている。その代表的な一例として、窃盗と贓物罪をめぐる最判昭和二九・五・一四刑集八卷五号六七六をあげておこう。

「二つの訴因の間に、基本的事実関係の同一性が認められるかどうかは、各具体的場合における個別的判断によるべきものである。そして、本件においては起訴状記載の訴因及び罰条は『被告人は昭和二五年一〇月一四日頃、静岡県長岡温泉古奈ホテルに於て宿泊中の大川正義の所有にかかる紺色背広上下一着、身分証明書及び定期

券一枚在中の豚皮定期入れ一個を窃取したものである』『刑法二三五条』というのであつて、第一審第八回公判廷において予備的に追加された訴因及び罰条は、『被告人は贓物たるの情を知りながら、一〇月一九日頃東京都内において自称大川正義から紺色背広上下一着の処分を依頼され、同日同都豊島区池袋二丁目一〇三四番地山田惣悟方に於て金四千元を借受け、その担保として右背広一着を質入れし、以つて贓物の牙保をなしたものである』『刑法二五六条二項』というのである。そして、右予備的訴因において被告人が牙保したという背広一着が、起訴状記載の訴因において被告人が窃取したという大川正義所有の背広一着と同一物件を指すものであることは、本件審理の経過に徴し、極めて明らかである。従つて、右二訴因はともに大川正義の窃取された同人所有の背広一着に関するものであつて、ただこれに関する被告人の行為が窃盗であるか、それとも事後における贓物牙保であるかという点に差異があるにすぎない。そして、両者は罪質上密接な関係があるばかりでなく、本件においては事柄の性質上両者間に犯罪の日時場所等について相異の生ずべきことは免れないけれども、その日時の先後及び場所の地理的關係とその双方の近接性に鑑みれば、一方の犯罪が認められるときは他方の犯罪の成立を認め得ない関係にあると認めざるを得ないから、かような場合には両訴因は基本的事実関係を同じくするものと解するを相当とすべく、従つて公訴事実の同一性の範圍内に属するものといわなければならない。本件の如き場合において、公訴事実の同一性なしとするにおいては、一方につき既に確定判決があつても、その既判力は及ばないと解せざるを得ないから、被告人の法的地位の安定性は、そのため却つて脅されるに至ることなきを得し難い。」

ほかに、たとえば、放火罪の幫助と失火罪（最判昭和三五・七・一五刑集一四卷九号一一五二頁）、恐喝罪と収賄罪（最判昭和二九・九・七刑集八卷九号一四四七頁）、公務執行妨害罪と騷擾罪（大判明治四五・七・五刑録一八輯九九七頁）、内乱罪の予備と殺人罪・放火罪の予備（大判昭和一六・三・一五刑集二〇卷二六三頁）、わ

いせつ物陳列罪と公然わいせつ罪（最決昭和三〇・七・一刑集九卷九号一七六九頁）、詐欺罪と占有離脱物横領罪（最判昭和二八・五・二九刑集七卷五号一一五八頁）、横領罪と窃盜罪（最判昭和三四・一二・一一刑集一三卷一三号三一九五頁）などの間に同一性を認めた判例がある。

（四）審判の範囲と一事不再理

審判活動は訴因をめぐつて展開されるが、公訴事実を同一にする範囲では、訴因の変更が可能であるから、一事不再理の効力が訴因に記載された事実に限定されず、公訴事実を同一にする範囲に及ぶといつても、審判と一事不再理の効力はまったく無関係だとはいえない面がある。しかし、つぎのような場合には、両者には明らかにくいちがいが存在する。そこで、このくいちがいにもかかわらず、一事不再理の効力が発生するとされるならば、その根拠は、被告人に対する国家の再訴追の不合理という政策以外には、ありえないことになる。

その一つは、傷害事件の判決が確定したのち、被害者が当該傷害の結果死亡するに至つたときに、致死の点をあらためてとりあげて再訴追することはできないとされる。この場合は、前の訴訟のさいには被害者は生存していたのであるから、致死としての訴追は、いかなる意味においても不可能であつた。そこで致死の部分を切り離して訴追することを許してもよさそうだが、これを許すと、必然的に傷害の事実が再審理されることになり、これは一罪は一回の訴訟で解決するという被告人の利益を害すると考えられるのである。

もう一つは、科刑上一罪の一部が親告罪で告訴がないまま判決が確定したが、のちに有効な告訴が追完されたときにも、親告罪の部分の再訴追はできないとされる。この場合も、親告罪の部分は、前の訴訟のさいに審判することは絶対に不可能であつたから、一見再起訴を許してもよさそうにみえるが、上記と同様に被告人の法的位置の安定を理由に、それは許されないというのが判例である（大判昭和二三・六・一四刑集一七卷一〇号四三三

さらに、免訴判決の効力の問題をつけ加えよう。免訴は、確定判決を経たとき、犯罪後の法令により刑が廃止されたとき、大赦があつたとき、時効が完成したとき、に言い渡される形式判決であるが（刑訴三三七条）、伝統的に一事不再理の効力があるものとされてきた。それは、もともと一種の実体判決とされたので（実体裁判説。免訴は、一度刑罰権が発生したが、特定の理由でこれが消滅したときに言い渡されるとする。刑罰権は存在したという判断をする点に着目すれば、一種の有罪判決であり、それが消滅して現在はないという判断をする点に着目すれば、一種の無罪判決ともいえる）、有罪・無罪の判決に一事不再理の効力がある以上、免訴判決にもあることは当然だと考えられたわけである。

この場合には、一事不再理の効力は、免訴においても実体審判の効果である。しかし、今日、判例（最判（大）昭和二三・五・二六刑集二卷六号五二九頁）および通説は、免訴はそういう内容の実体裁判ではなく、公訴権が消滅したことを理由に訴追を排斥する形式裁判であるとするに至つた。免訴事由がある場合は、他の訴訟条件が欠ける場合と同様に、訴追は不当であり、実体審判をしてはいけないのである。こうして実体審判が排斥されるにもかかわらず、一事不再理の効力を付与すべきだとするならば、この一事不再理の効力は、実体審判の効果でありえようはずはなく、手続的・政策的効力だということになる⁽¹¹⁾。

なお、日本法では、検察官は訴訟の途中で公訴を取り消すことができ、その場合には、一種の再訴禁止の効力が発生する（刑訴三四〇条）。この場合の一事不再理の効力も、やはり実体審判の効力すなわち確定力の効果ではなく、事実的效果であることは明らかであろう。

五 既判事件と非常救済手段

一事不再理の原則をやぶる例外をどの程度認めるべきかは、非常救済手続の重要な立法課題である。日本法は、被告人に不利な方向で現実的効果をもつ非常救済手続を認めなかったため、一事不再理の効力は被告人に利益な方向でのみ働らくものといえる。

まず、事実誤認を救済する制度として、再審がある。戦前は、被告人に利益な再審と並んで、一定限度で不利な再審も認められていた。ところが、憲法が一事不再理の原則を宣言した（同三九条）こととの関連で、不利な再審は廃止された。また、法令違反を救済する制度としては、非常上告がある。それによれば、検事総長の申立てによつて最高裁判所が判断を下すが、たとえ原判決を破棄しても、原則として被告人に現実的効力を及ぼさない。ただ、例外的に被告人に利益なことが明らかな場合にのみ、やりなおし裁判が行なわれる。

こうして、再審、非常上告とも、被告人に不利な方向では一事不再理の原則に例外を認めない趣旨であつて、この意味で、日本法においては、被告人の地位は、法的に強く保護されているといえる。

六 まとめ

以上、一事不再理の原則をめぐる問題を重点的にとりあげてきたが、何よりも大きな日本法の特徴は、大陸法と英米法の結合という比較法的にみてユニークな実験場を提供していることである。法制度が、共同生活の改善のための人類の試みであるとすれば、これは注目されてよいと思われる。以下は、このような観点に立つて、日本法から抽出された主要な問題点である。

- (1) 一事不再理の原則は、どのような政策的基礎をもつ制度か。

- (2) 一事不再理の原則にかんがみ、国の側による被告人に不利益な上訴は許されるべきか。
- (3) 刑事手続が実体判決に至らずに終結した場合にも、再訴禁止の効力が発生することがあるか。
- (4) 誤判救済のための再審は、どの程度認められるべきか。
- (1) 団藤重光・新刑事訴訟法綱要三二一頁（七訂版一三刷、一九七二年）。
- (2) Wenger, Institution des römischen Zivilprozessrechts, 1925, S. 207.
- (3) Rheingans, Die Ausbildung der strafprozessualen Rechtskraftlehre von der Aufklärung bis zur Reichsstrafprozessordnung v. 1887, Str. Abh. H. 379, 1937.
- (4) Friedland, Double Jeopardy 6 (1969); Black, J. in *Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121, 152 (1959).
- (5) A.L.I., Administration of Criminal Law; Double Jeopardy, Official Draft 7-8 (1935).
- (6) Holmes, J. in *Kepner v. United States*, 195 U.S. 100 (1904). cf. ALI, op. cit. § 113.
- (7) 最判昭和二五・九・二七刑集四卷九号一八〇五頁。
- (8) 上野裕久「検察官上訴の再検討」法学セミナー二二七号一〇四頁（一九七三年）参照。
- (9) 前掲注（7）の判例における栗山裁判官の意見参照。
- (10) 田宮裕・刑事訴訟とデュー・プロセス三八四頁（一九七二年）。なお、岡部泰昌「刑事手続における検察官の客観義務」金沢法学一四卷二号四八頁（一九六九年）参照。
- (11) しかし、よく考えると、二重の危険は訴追ないし証拠調べの危険を内容とするものであるから、これはそれとも異質のものである。そこで、免訴判決には一事不再理の効力はないとの考えも主張される。